14

✠

POR DOÑA YSABEL de Miranda, en el pleyto con Iuan de Bayala.

COsa cierta es, que en contraditorio juyzio con aquella parte, pretendiendo doña Ysabel que a su marido cuya heredera era, le tocaua legitima de la hazienda de su madre; y diziendo Iuan de Bayala que no le tocaua ninguna, y q̃ quando alguna legitima le tocara, tenia recibido mas q̃ montaua. Obtuuo doña Ysabel carta executoria, condenando a Iuan de Bayala, ~~como~~ heredero de Alonso de Madrid a darle toda la cantidad que se liquidasse ser la legitima de Antonio de Bayala, como hijo de su madre, y auer entrado en poder de Alonso de Madrid su padre, cuyo heredero es el Iuan de Bayala. Con lo qual no se puede dudar que en esta parte aya auido en fauor de doña Ysabel cosa juzgada y vencimiento, respecto de ser precisso, y auer obtenido que tuuo legitima Anton de Bayala, que esta entrò en poder de Alonso de Madrid, que la deua restituyr su heredero, que es este condenado a esta restituciõ que solo quedasse a liquidar en que cantidad aya de ser esta restitucion: y en esto que se reseruò a liquidar, no vuo vitoria ni vencimiento de tal manera que en todo lo demas como particulares de que se auia tratado, es cierto q̃ le vuo, vt enim dicit Petrus Herodotus, lib. de origine, & auctoritate iuditiorum agens de arestis & sententijs supremorum magistratuum. *Res indicatæ, quia actæ transatæ que sunt disquisitis omnium sententyis causa vtrinque amplissime cognita denique omnibus circunstantijs rerum personarumque adhibitis hanc auctoritatem adeptæ sunt, vt vix vnquam in similibus causis infirmari rescindi ve possint.* Et hic pertinet locus communes apud rectores de auctoritate rerum iudicatarũ de quo Quintilianus lib. 5. instit. de oratione 1. in princ. Ciceron. in oratione pro cluentio, & lib. 2. rethoricæ ad Herenium, vbi de absoluta iuditiali potestate, & Marius Giurba decis. 49. num. 1. in fin. D. D. Ioann. del Castillo,

A tom. 5.

tom. 5. cap. 89. num. 98.

2 Si esto dize Pedro Herodoto y los demas, en autoriçar las cosas juzgadas, aun para exemplo de otros casos semejantes que se deberá entender para en lo mismo de q̃ se ha disceptado y tratado, el Consulto dixo que la senteecia hazia suma autoridad, l. seruo inuicto, §. cum prætor ff. ad Trebell. & text. in l. nam, & imperator, ff. de legibus, y en la l. singuli 6. dixo. *Singulis controuersis, singulas actiones vnumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter moduslitium multiplicatus summamque in explicabilem faciat difficultatem maxime si diuersa prouuntiarentur.* Parece señor que estuuo de, licencia de V.m. mirando nuestro caso, pues auiendo cosa juzgada de que se restituya legitima poca o mucha, viene agora a auer en el juyzjo de liquidacion, que es ser execucion del primero, no execucion ni cumplimiento, sino reformacion, absoluiendo como se absuelue a la parte de Iuan de Bayala de lo que se le pidio que es la legitima, y en que estaua condenado. Baldo dixo enesta parte en la l. 1. C. quando prouocare non est necesse. sequentia verba *Nam cum sententia difinitiua nihil aliud sit quam vltimus finis necessario sequitur, quod omnem alium finem interdicit, & anihilat, quia quod est vltimum post se nihil habere potest: item est ratio specialis rigor iuditiorum, vt sit litium finis.* Y Estephano Gratiano descis. 197. nume. 4. dicit. *Nam victoria habet perpetuam causam, & effectum substantiæ in commutabilem, ita vt ille qui vincit in perpetuum non potest perdere.* Luego es consequencia necessaria segun Baldo, que no puede auer en lo vencido perdida: y aplicandolo a nuestro caso, en quanto a lleuar legitima doña Ysabel por cabeça de Antonio de Bayala su marido, juzgado està, y no puede dexar de ser poca o mucha, lo que no juzgò la primera executoria fue el qnanto, enesto podrà auer cosa juzgada despues de la primera.

Y si là ay en lo demas que es la absolucion, no puede valer conforme a la regla, y decision de la l. 1. C. quando prouocare non est necesse, y de la l. duobus, ff. de excepcione rei iudicatæ, y cada vez que se oponga, como aora opuso esta parte lo mas presto que pudo, excepcion de cosa juzgada, se deshaze la vltima cosa juzgada, vt per dicta iura vnanimiter, & per l. 13. ti. 22 par. 3. resoluit ibi Gregorius

rius Surdus, consi. 360. num. 16. Ceball. tom. 5. q. 111. Gratiano decis. 31. Barbosa in remissionibus, li. 3. ti. 75. nu. 5. fol. 447. Giurba decis. 14. nu. 5. Cancerio 3. p. tit. 17. n. 2. vsque ad 8. Gaspar Antonius thesaurus lib. 4. forensium q. 7.

Este vltimo juyzio era de liquidacion esta, ò estaua hecha en el juyzio de execucion de la primera executoria, que es en lo que vuo conocimiento en la Chancilleria, ò no estaua hecha si lo estaua la pronunciacion, auia de ser en cierta cantidad sobre esta liquidacion, sino lo estaua, poterant supremi iudices dicere sibi non liquere vt quotidie faciũt iudices Rotæ teste Salgado 4. p. de regia protectione cap. 10. a num. 70. ad 82. quia tunc dicitur per executorem liquidatio fieri, *quando non mutatur per executorẽ substãtiæ cõdẽnationis sed fit declaratio sentẽtiæ nõ augẽs nec minuens eius substantiam*, Ferrara in tractatu de apelat. ca. 5. num. 57. Salgado 4. part. ca. 10. num. 18. ex Rotæ deci. 100. part. 1. in nouissimi, & nu. 31. d. c. 10. & numer. 36. Porque auiendo executoria, y cosa juzgada sobre restitucion de legitima admitir excepciones sobre estar pagada esta legitima, cosa cierta es que no se pudieron oponer, y assi que no se an de entender estar admitidas en lo que las excepciones fueren opugnatiuas de la sentencia, y no modificatiuas della, siendo la sentencia *paga, y restituye la legitima*, excepcion opugnatiua, es dezir, tengola restituyda, y pagada, porque he dado seys mil ducados, que monta mas que ella, modificatibæ enim exceptiones, para q̃ se excluya el caso de la l. peremptorias. C. sententiam rescindi non posse dicuntur hæ quæ non impugnant directo ipsam sententiam nec principaliter ipsam labefactant, sed potius executionem ipsius respiciunt. Como es estãdo condenado vno a restituyr vna casa, retenerla por los gastos y mejoras, nam qui retinet non dicit sententiam non esse executioni mandandam neque esse consequendum negat quod reiudicata conceditur, sed aliud agit, vt dicit Ioannes Garcia de expensis, cap. 6. num. 15. y assi lo explica Salgado, part. 4. cap. 7. num. 39. ibi. *At eas omnes exceptiones quæ non impugnãt directo sententiam, nec principaliter eam labefactant sed illam in parte temperant, aut modificant, quæque rectè naturæ iuditij conueniunt, & executionem dumtaxat*

respiciunt

respiciunt oponunturque ad consequendum id quod expressæ nec tacite in sententia denegatum non est debent admiti, & per executorem cognosci.

Luego la excepcion, que es dezir toda la ligitima esta pagada, y mas de lo que monta, no es temperatiua de la sentencia, sino impeditiua de su execucion, y si se dixere que se puede admitir como excepcion de compensacion o de paga, y que estas se deuan admitir in executione sententiæ, vt concludit Ioannes Garcia dicto nu. 15. in fine, y que sea excepcion modificatiua la compensacion, sequẽdo Ioannem Garciam pluribus comprobat Salgado dicta part. 4. num. 46. & in terminis exceptionis compensationis, tradit Abbas in cap. sub orta, & ibi Felino nume. 2. de re iudicata, Surdus decis. 191. Carocius de exceptionibus except. 27. por totam, & num. 3. dicens. *Ampliatur secundo etiamsi sententia esset primo loco absolutoria, quæ infringi nõ potest si est lata super meritis causæ, secus si ex defectu probationum iuxta glos. in l. quicumque. ff. de compensationibus.*

Porque se responde, que dezir, tengo pagado mas de lo que toca de legitima, no es excepcion de compensacion, y quando lo sea no es liquida, y compensacion no liquida no se puede oponer, ni admitir, idem Carocius dicta exceptione 27. nu. 8. y que la compensacion aya de ser de otra deuda, nume. 15. y por excepcion de paga no puede obstar, porque auiendose opuesto esto mismo, aunque generalmente en el primero juyzio se ha de entender q̃ quedo vencido, ex text. ibi glos. in cap. sub orta de reiudicata & ex latè traditis per Barbosam in l. diuortium. §. final, part. 2. num. 55. cum seqq. ff. soluto matrimonio, & in. l. maritum. 13. nu. 48. ff. eodem, & latissime dominus don Ioannes del Castillo tom. 5. cap. 104. per totum, y por lo menos esta excepcion no pudo dexar de quedar vencida en lo que sobre ella pronuncio la Chancilleria, que fue el condenar a restituyr legitima, y no quedò vencida en el quanto auia de ser esta, porque lo reseruò para la execuciõ & ita in terminis distinguit Ioannes Garcia dicto cap. 6. num. 17. Y que de otra manera las excepciones perem- (n.° 2) ptorias, y modificatiuas deducidas y opuestas antes de la sentencia, cayendo determinacion sobre ellas, no se puedan despues oponer, tenet glos. fin. in l. nesenius. ff. de reiudicata

judicata, Bart. in l. ex diuerso. §. fin. & ibi Alexand. col. 2. ff. soluto matrimonio, Cancerius lib. 2. cap. 16. num. 81. & probatur, ex text. in l. sin autem. §. final de negocijs gestis, sino es en caso que al principio se pusiesse para vn fin, y despues para otro, vt sic resoluit Salgado dicta 4. part. dicto cap. 7. num. 71. ibi: *Vt secus sit si primo ad vnum finem post modum vero ad alium efectum diuersum oponatur exceptio quia tunc etiam post sententiam est admitenda.*

No es diuerso efecto y fin, dezir ha recebido mas de lo que le toca de legitima, porque siempre esta excepcion tẽdit ad omni modo liberandum reum; y en ningun caso, aunque sea no auiendo el Iuez reprouado la excepcion modificatiua expressamẽte, que no se pueda oponer post sententiam quando non est compatibilis cum sententia probat text. in l. sancimus. C. de testamentis, cap. cum renuntiatur. 32. q. 1. Bart. in l. quod in diem. §. 1. num. 2. ff. de compensationibus, Salgado dicto cap. 7. nu. 85. y que este sea caso en que quando juzguemos por excepcion de compensacion, el dezir ha recebido de legitima mas de lo que le toca, està esta compensacion reprouada, con solo que la Chancilleria no hiziesse quenta della, y pronunciasse sin embargo, condenando, y declarando por prouada la accion y demanda de doña Isabel, es texto expresso para este proposito la. l. quod si in diem. §. si rationem ff. de compensationibus, ibi: *si rationem compensationis iudex nõ habuerit salua manet petitio, nec enim rei iudicatæ exceptio obijci potest, aliud dicam si reprobauerit compensationem quasi non existente debito tunc enim rei iudicatæ mihi non nocebit exceptio.* & ita in terminis tradit Salgado dicto cap. 7. nu. 84.

Y vltimamente, porque no se puede llamar juyzio de liquidaciõ, el q̃ es de absolucion, y este vltimo juyzio cierta cosa es que en el se trataua de liquidar la cantidad de la legitima, no de que no la auia auido, ni que dexesse de pertenecerle à esta parte, ni de auer entrado poco, ò mucho de hazienda de la madre de Anton de Bayala en poder de Alonso de Madrid su marido, ni aun esto se negaua por ningana parte, y assi la excepcion de dezir, que auia recebido Anton de Bayala, mas de lo que le tocaua, especificandolo aora en este juyzio, en cãtidad de mas de seys mil ducados, en quanto toca a liquidar la cota desta legi-

tima

tima que aya de ser poca del juyzio de liquidacion, quando mucho puede ser, y admitirse en esta parte la excepcion de que no sea ninguna, esta legitima no puede ser de el juyzio de liquidacion, porque viene a ser excepcion directamente exclusiua de poderse executar la primera sentencia y executoria, Salgado dicto cap. 7. num. 72. & 73. y si bien el condenado en frutos, puede oponer in iuditio liquidationis se fructus aliquos nos percepisse, Salgado dicta part. 4. cap. 10. nu. 74. es diferente si huuiera condenacion de dezir frutos ha auido, y liquidense porque por lo menos muchos, o pocos, auia el executor de declarar competir, y de otra manera seria excesso in exequendo de admitir excepciones directas, y contrarias a la cosa juzgada que no se deben admitir, idem Salgado toto ca. 10. particulariter à num. 70. cum seqq. con lo qual parece q̃ esta segunda executoria tiene contradicion expressa con la primera cosa juzgada, por lo menos en lo que toca ha ser absolucion omnimoda, y que se deuio pronunciar nõ liquere que fuesse la cantidad desta legitima, por aora, ò hazer tassa y liquidacion aruitrãdo algo, en poca, o en mucha cantidad, y que por esto, y lo mejor que V. m. y estos señores consideraran se deue mandar a la parte contraria que respõda. Salua, &c.

Licenciado Don Iuan Perez de Lara.